

Nachkommen zuerkannt wäre. Das würde bedeuten, nicht nur Töchter, sondern mit gleichem Recht auch entferntere Nachkommen seien befugt, das Gewerbe für sich zu beanspruchen, aber eben nur im Nachgang zum Recht der Söhne. Die Annahme, entferntere, etwa alle männlichen Nachkommen, seien den Söhnen gleichgestellt, ist mit dem Text des Gesetzes nicht zu vereinbaren. Den Söhnen kommt darnach das erste Anrecht vor allen andern Nachkommen zu, Eignung und Wille zum Selbstbetrieb vorausgesetzt, wie sie nach den früheren Ausführungen beim Beklagten Jakob Rychen gegeben sind.

Der gesetzlichen Rangfolge nach Art. 621 Abs. 3 können, wie längst entschieden wurde, abweichende Ortsgebräuche oder Billigkeitsgründe, nämlich Rücksichten auf die persönlichen Verhältnisse der Erben (Art. 621 Abs. 1) nicht entgegengehalten werden (BGE 42 II 426).

4. — Etwas anderes aber vermag der Kläger zu seinen Gunsten nicht anzuführen. Die Einrede des Rechtsmissbrauches (Art. 2 ZGB) ist nicht begründet. An der Übernahme des Violenhofes hat der Beklagte Jakob Rychen zweifellos ein Interesse. Der Kläger meint, dieses Interesse halte den Vergleich mit dem seinigen nicht aus; das bürgerliche Erbrecht sei nicht dazu da, um einem Landwirt, der bereits eine ausreichende, ja gute landwirtschaftliche Existenz habe, noch ein weiteres Landgut zu verschaffen, jedenfalls nicht in Konkurrenz mit einem andern geeigneten Bewerber, der mit der Übernahme des betreffenden Gutes erst zu einer bescheidenen Existenz käme. Zu dieser Einwendung ist indessen nicht Stellung zu nehmen. Sie erledigt sich damit, dass Jakob Rychen eben nur ein Pachtgut bewirtschaftet. Am Erwerb eigenen Landes hat er nicht nur etwelches, sondern ein erhebliches Interesse, was die Einrede des Rechtsmissbrauches ausschliesst. Es ist ihm übrigens vor allem darum zu tun, durch solchen Landerwerb für seine derzeit noch unmündigen Söhne zu sorgen, was gleichfalls als schutzwürdiges Interesse zu gelten verdient.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 17. September 1943 aufgehoben, die Klage abgewiesen und die Widerklage zugesprochen.

**62. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. November 1943 i. S. Brodmann gegen Brodmann und Konsorten.**

*Bürgerliches Erbrecht, Art. 620 ff. ZGB.*

Art. 621 Abs. 2: Selbstbetrieb bedeutet persönliche Leitung, sei es auch mit Anstellung von Hilfskräften und neben der Ausübung anderer Berufsarbeit.

Art. 621 Abs. 3: Das Vorrecht des Sohnes dringt auch dann durch, wenn die Töchter, die ihm das Gewerbe streitig machen, bereit wären, mehr persönliche Arbeit darauf zu verwenden als er.

*Partage successorale. Exploitations agricoles.*

Art. 621 al. 2 CC: Faire valoir personnellement un domaine signifie qu'on en assume la direction, serait-ce même à côté d'une autre activité et avec l'aide de tiers.

Art. 621 al. 3: Le privilège du fils l'emporte même si les filles qui lui contestent le droit de se faire attribuer le domaine sont prêtes à s'y consacrer personnellement dans une mesure plus forte que lui.

*Divisione d'ell'eredità. Aziende agricole.*

Art. 621 cp. 2 CC: Esercitare personalmente l'azienda significa assumerne la direzione, anche se accanto ad un'altra attività e con l'aiuto di terzi.

Art. 621 cp. 3: Il privilegio del figlio prevale anche se le figlie, che gli contestano il diritto di farsi attribuire l'azienda, sono disposte a fornire maggior lavoro personale che il figlio.

*Aus dem Tatbestand:*

A. — Der am 18. Juni 1940 gestorbene Vater der Parteien hat ein bürgerliches Heimwesen hinterlassen, das nun nach dem Tode ihrer Mutter zur Teilung kommt. Es besteht aus zehn Parzellen von insgesamt 201.80 Aren (rund 5 1/2 Jucharten): Wies- und Ackerland mit Obstbäumen, Wald, Rebland und Gebäudegrundfläche. Nach Expertenbefund beträgt der « bereinigte Ertragswert » Fr. 35 700.—.

B. — Die Parteien sind mit dieser Schätzung einver-

standen. Sie streiten nur darüber, wer das Heimwesen zum erwähnten Ertragswert übernehmen dürfe, der Kläger (ein Sohn des Erblassers) oder die Beklagten (zwei Töchter des Erblassers).

C. — Die kantonalen Instanzen von Basel-Landschaft haben den Anspruch der Beklagten geschützt und ihnen auch die Lebware und die sonstige Fahrhabe zugewiesen, zu einer noch festzusetzenden Übernahmesumme. Der Kläger hält mit der vorliegenden Berufung am Begehren fest, dass ihm das Heimwesen zum Ertragswerte von Fr. 35 700.— zuzuweisen und auch die landwirtschaftliche Fahrhabe und das Vieh zu überlassen sei.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

In BGE 42 II 426 ist eingehend dargelegt, dass bei mehreren geeigneten Bewerbern (Art. 620 ZGB), die das Gewerbe selbst betreiben wollen (Art. 621 Abs. 2), das Vorrecht der Söhne gegenüber den Töchtern (Art. 621 Abs. 3) den Ausschlag gibt, und dass nur da, wo sich die Entscheidung nicht auf dieser Grundlage ergibt, ein allfälliger Ortsgebrauch und die persönlichen Verhältnisse der Erben (Art. 621 Abs. 1) in Betracht fallen. Einem Sohn kann auch nicht entgegengehalten werden, die Tochter sei noch geeigneter als er. Vorausgesetzt ist nur, dass der Sohn gleichfalls genügende Eignung besitzt, wofür als Massstab einfach die ortsübliche Art der Bewirtschaftung zu gelten hat. Solche Eignung kann dem Kläger nach den Ausführungen der kantonalen Gerichte nicht abgesprochen werden.

Die Vorinstanz hält aber dafür, der Kläger erfülle die Bedingung des Selbstbetriebes nicht, da er seine Stelle als gelernter Küfer beim Allgemeinen Consumverein beider Basel in Basel bis auf weiteres beibehalten will. Er könne also nur in der Freizeit selbst im Landwirtschaftsbetriebe Hand anlegen und müsse die hauptsächlichen landwirtschaftlichen Arbeiten durch andere besorgen lassen, nämlich durch seine Ehefrau, « der als ehemaliger Serviertochter

jede Eignung dazu abgeht », und allenfalls durch einen Knecht. Das sei höchstens ein mittelbarer Selbstbetrieb, der vor dem unmittelbaren, « eigenhändigen » Betrieb, wie ihn die Beklagten, namentlich die ledige Wilhelmine Brodmann, entsprechend der bisherigen Betätigung ausüben würden, zurückzutreten habe. Diese Betrachtungsweise geht jedoch von einem zu engen Begriff des Selbstbetriebes aus. Ein solcher liegt nicht nur vor, wenn der Unternehmer des Gewerbes die meisten dazu gehörenden Arbeiten eigenhändig ausführt. Vielmehr ist dem Begriffe genügt, wenn er persönlich die Leitung hat. Der Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Selbstbetrieb ist dem Gesetz unbekannt. Weder ist unmittelbarer Betrieb im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen erforderlich, noch kann solcher Betrieb durch eine Tochter (die sich nur nebensächlich durch Aushilfe in andern Haushaltungen betätigen würde) dem Vorrecht des Sohnes, der immerhin den Betrieb leiten würde, entgegengehalten werden. Anders wäre es, wenn der Kläger das Gut übernehmen wollte, nur um es zu verpachten, und allenfalls auch noch, wenn er es zwar auf eigene Rechnung, aber ohne wesentliche eigene Betätigung betreiben wollte. Hier aber steht eine den Selbstbetrieb ausmachende Tätigkeit des Klägers in Aussicht. Er wird morgens und abends sowie in sonstigen Freizeiten die Landwirtschaft besorgen, im übrigen den Betrieb überwachen und jeweilen die wichtigeren Anordnungen treffen. Dass nötigenfalls eine Hilfskraft angestellt werden muss, hebt den Selbstbetrieb nicht auf. Auch die Ehefrau wird übrigens wesentliche Mitarbeit leisten können, sobald sie einige Erfahrung gewonnen hat.

Wenn die Vorinstanz endlich hervorhebt, Wilhelmine Brodmann habe länger als der Kläger auf dem Gute gearbeitet und könne daraus für sich mehr als nur einen Nebenverdienst erzielen, so zieht sie die persönlichen Verhältnisse der Erben in Betracht. Solche Erwägungen können, wie dargetan, gegen das Vorrecht des Sohnes nicht aufkommen. Es geht auch nicht an, dieses Recht nur gelten zu lassen,

wenn der Kläger auf volle Ausnützung seiner Arbeitskraft verzichten und sich auf den Betrieb dieser kleinen Landwirtschaft beschränken wollte, es dagegen zu verneinen, weil der Kläger das wenig Ertrag abwerfende Heimwesen als Nebenbetrieb zu gestalten beabsichtigt, um seiner Familie durch Berufsarbeit als Küfer ein besseres Auskommen zu verschaffen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung des Klägers wird gutgeheissen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Basel-Landschaft vom 25. Juni 1943 aufgehoben.

#### IV. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

63. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1943 i. S. Guyer gegen Stadtgemeinde Zürich.

*Werkhaftung, Art. 58 OR.*

1. Der Eigentümer hat für jeden Zustand mangelhafter Unterhaltung einzustehen, selbst wenn er den (von Dritten herbeigeführten) Mangel auch bei pflichtgemässer Sorgfalt nicht entdecken und beseitigen konnte.
2. War der Geschädigte bei der Entstehung des Mangels in der Weise beteiligt, dass er zu dessen Behebung verpflichtet wurde, so ist ihm die Verletzung dieser Pflicht als Selbstverschulden anzurechnen.

*Responsabilité du propriétaire d'un ouvrage, art. 58 CO.*

1. Le propriétaire répond de tout entretien défectueux, alors même qu'il n'aurait pu, en faisant toutes diligences, découvrir le défaut (fait d'un tiers) et y remédier.
2. Lorsque le lésé a contribué à créer la défectuosité de telle manière qu'il était tenu de la réparer, l'inaccomplissement de ce devoir lui est imputable à faute.

*Responsabilità del proprietario d'un'opera, art. 58 CO.*

1. Il proprietario è responsabile d'ogni difetto di manutenzione, anche se, usando tutta la diligenza, non avesse potuto scoprire il difetto dovuto ad un terzo e rimediargli.
2. Se il leso ha contribuito a creare il difetto in modo tale ch'era tenuto a ripararlo, è in colpa se non l'ha riparato.

A. — Die 1909 geborene Bureauangestellte Frau Hedi Guyer bewohnte seit dem 1. Juli 1939 einen Atelierraum im Dachstock (2. Stock) des Hauses Gemeindestrasse 10 in Zürich. Sie war Untermieterin der im 1. Stock wohnenden Frau Bobba Dal Santo, die das ganze Haus von der Eigentümerin, der Stadtgemeinde Zürich, gemietet hatte.

Am Morgen des 13. März 1940 stieg Frau Guyer die vom Dachstock in den 1. Stock führende Treppe hinunter, stürzte und durchstiess mit dem linken Arm ein Fenster des Treppenhauses. Sie verletzte sich dabei so schwer, dass sie seither im Gebrauch der linken Hand dauernd fast ganz behindert ist.

B. — Wegen dieses Unfalles klagte Frau Guyer die Stadtgemeinde Zürich gestützt auf Art. 58 OR ein und forderte von ihr Fr. 100,000.— nebst Zins zu 5 % seit 13. März 1940 als Ersatz für die Heilungskosten und die dauernde Erwerbsunfähigkeit, sowie als Genugtuung.

Die Beklagte bestritt ihre Haftpflicht.

Das Bezirksgericht Zürich erachtete die Beklagte als haftbar; es stellte eine dauernde Erwerbsunfähigkeit der Klägerin von 55 Prozent und einen Gesamtschaden von Fr. 35,434.55 fest; wegen Mitverschuldens der Klägerin ermässigte es die Ersatzpflicht der Beklagten um 20 Prozent. Mit Urteil vom 20. Oktober 1942 sprach das Bezirksgericht der Klägerin Fr. 28,575.85 als Schadenersatz und Fr. 5000.— als Genugtuung, insgesamt also Fr. 33,575.85 zu nebst Zins zu 5 % seit 13. März 1940.

Das Obergericht des Kantons Zürich, das auf Berufung der Beklagten und Anschlussberufung der Klägerin hin sich mit der Sache befasste, wies die Klage mit Urteil vom 10. Februar 1943 gänzlich ab mit der Begründung, die Haftpflicht der Beklagten gemäss Art. 58 OR sei nicht gegeben; wenn sie gegeben wäre, so müsste die Klage wegen Selbstverschuldens der Klägerin gänzlich abgewiesen werden (Art. 44 Abs. 1 OR).

C. ... (Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde.)

D. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt die